

บทที่ 3

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณา พิพากษาคดีอาญาในต่างประเทศ

เพื่อเป็นการรับรองไว้ถึงสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย กฎหมายของแต่ละประเทศจึงได้บัญญัติถึงลักษณะบางประการอันอาจทำให้มีการตั้งคำถามว่าการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของผู้พิพากษาเป็นไปอย่างไม่เป็นกลาง มีส่วนได้เสียหรือมีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ โดยบางประเทศแยกพิจารณาเหตุดังกล่าวเป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านออกจากกัน แต่บางประเทศก็บัญญัติให้ลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงเหตุคัดค้านเท่านั้น

ซึ่งไม่ว่ากฎหมายจะแยกพิจารณาเป็นเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การขาดคุณสมบัติ (disqualification) ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นควรจะต้องได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในพระราชบัญญัติ หรือในกฎข้อบังคับของศาล (court rule) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นหลักประกันความยุติธรรมของการพิจารณาคดี¹

ดังนั้น การศึกษาจึงจะได้พิจารณาทั้งในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อันได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อันได้แก่ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส เพื่อที่จะได้ทำการวิเคราะห์ เปรียบเทียบความเหมือน ความแตกต่าง ถึงการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา อันจะก่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจและสามารถหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในส่วนของประเทศไทยได้ดียิ่งขึ้น

3.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้น สิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้โดย Human right act 1998 ข้อ

¹ Arnold O Ginnow and Leon Fingerman. (2001). "Corpus Juris Secundum" Volume 48A. pp. 709-710.

⁶² โดยวัตถุประสงค์ของการได้รับการพิจารณาจากศาลที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้นก็เพื่อป้องกันการเกิดอคติโดยชัดแจ้งและอคติโดยนัย (actual and implied bias) และเพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อองค์กรตุลาการ ดังนั้นการวินิจฉัยว่า ผู้พิพากษาผู้นั้นจะถูกห้ามมิให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือไม่นั้นก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานสองประการคือ วิทยุชนจะสงสัยในความไม่เป็นกลางของศาลหรือไม่ (whether reasonable entitled doubts the impartiality of the tribunal) และเหตุกังวลสงสัยต่อความไม่เป็นกลางนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³

สิทธิของกลุ่มความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนอกจากจะได้รับการคุ้มครองตาม Human right act 1998 ดังกล่าวแล้วก็ยังได้รับการคุ้มครองไว้โดยเคร่งครัดจากศาลด้วย โดยศาลในประเทศอังกฤษจะยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) หลักหนึ่งที่ว่า nemo judex in causa sua กล่าวคือ ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (no one can be judge in his own cause) ซึ่งหลักกฎหมายธรรมชาตินั้นได้รับการนับถือมาในประเทศอังกฤษเป็นเวลาช้านานโดยถือเป็นหัวใจของกระบวนการยุติธรรม⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกรณีหลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย

นอกจากประเทศอังกฤษจะได้ยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) อย่างเคร่งครัดแล้ว เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคมจึงได้มีการยึดหลักกฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of Law) ควบคู่กันไปด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายได้มีการประทับด้วยหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งก่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ถึงแม้ว่าหลักความยุติธรรมจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่หลักความยุติธรรมดังกล่าวก็มีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายของอังกฤษ

จากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดังกล่าว เราอาจแยกพิจารณาเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศอังกฤษได้ดังนี้

3.1.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษา

3.1.1.1 การที่ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในสาระสำคัญ

การที่ผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในคดีหรือที่ในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) เรียกว่าความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติ ที่จะทำ

² ARTICLE 6 In the determination of his of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

³ Ben Emmerson. (2001). **Human Right and Criminal Justice**. pp. 369-370.

⁴ สกล สกลเดช. (2544). “ความยุติธรรม.” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 13, 1. หน้า 14.



ให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ประการใดประการหนึ่ง คือ

ผลประโยชน์ทางการเงิน (pecuniary interest)

การมีผลประโยชน์ทางการเงิน ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าผลประโยชน์นั้นจะมากหรือน้อยเพราะ แม้ผู้พิพากษามีผลประโยชน์แต่เพียงเล็กน้อยก็ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ ซึ่งการมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในทางการเงินที่จะทำให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้นประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1) คำวินิจฉัยอย่างใด ๆ ของผู้พิพากษาผู้นั้นจะทำให้ผู้พิพากษาได้รับหรือเสียผลประโยชน์ในทางส่วนตัว (decision maker must stand to gain or lose personally as a result of his decision)

2) ผลประโยชน์นั้นต้องคาดหมายหรือคาดการณ์ได้และไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (the interest arise upon a purely speculative series of events and not remote)

3) ผลประโยชน์นั้นต้องมีเหตุผล (substantiality of interest)

3.1.1.2 การที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นได้มีการตัดสินก่อนหน้ามาก่อน (prejudge)

การตัดสินก่อนหน้าอันเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ

1) การแสดงความเห็นล่วงหน้า (preconceived opinions)

เมื่อผู้พิพากษาได้แสดงความเห็นของตนต่อสาธารณะ (public statement) แล้วปรากฏว่าข้อคิดเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลัง จะทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดี

2) การเคยเกี่ยวข้องกับคดี (Prior Involvement)

การเคยเกี่ยวข้องกับคดีที่จะเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้น ต้องปรากฏว่าการเคยเกี่ยวข้องกับในคราวก่อนนั้นเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีที่ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่พิจารณาในคราวหลังนี้ เช่น ผู้พิพากษาได้เคยตัดสินคดีไว้ในศาลชั้นต้นและต้องมาทำหน้าที่พิจารณาคดีดังกล่าวอีกในชั้นอุทธรณ์ (hearing an appeal from his own decision)

อย่างไรก็ตามการเคยเกี่ยวข้องกับคดีในบางลักษณะก็ไม่ได้ส่งผลให้ผู้พิพากษาผู้นั้นมีลักษณะที่ต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้เคยทำหน้าที่วินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณา (pre trial decision) รวมถึงการมีคำสั่งในการควบคุม (detention on remand) ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาแต่อย่างใด เนื่องจากคำ

⁵ Geoffrey a Flick. (1979). *Natural Justice*. pp. 112-121.

⁶ Marshall H.H. (1959). *Natural justice*. p. 27.

วินิจฉัยอย่างไรๆ ของผู้พิพากษาในชั้นก่อนการพิจารณานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นอย่างเดียวกันกับในกรณีของการวินิจฉัยตัดสินคดี เนื่องจาก การวินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณานั้นศาลจะอาศัยพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิดตามที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้กล่าวหาหรือไม่ แต่สำหรับในกรณีของการตัดสินคดีนั้นต้องอาศัยพยานหลักฐานที่ได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ ซึ่งการสงสัยว่า ได้กระทำความผิดกับการตัดสินว่ามีความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน⁷

3.1.1.3 การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคล (Personal Involvement)

การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความในคดีอันเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญา ความสัมพันธ์ดังกล่าวต้องมีความใกล้ชิดกัน เช่น การเป็นญาติในครอบครัว (family relationship) หรือความเป็นเพื่อน (friendship) นอกจากนั้นการเป็นปรปักษ์ในทางส่วนตัว (personal animosity) ก็ถือเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน

3.1.2 การที่ผู้พิพากษาถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีเอง

ในประเทศอังกฤษ แม้การถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดี (self disqualification) จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่การถอนตัวจากการพิจารณาคดีนั้นก็ตกอยู่ภายใต้ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษา ซึ่งประเพณีและธรรมเนียมเหล่านี้ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามผู้พิพากษาอย่างเคร่งครัด ซึ่งกฎในการถอนตัวนี้มีอยู่ว่า เมื่อผู้พิพากษาคนใดมีส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียในทางส่วนตัวหรือทางการเงิน หรือโอกาสที่จะเสียความเที่ยงธรรม ในคดีผู้พิพากษาผู้นั้นจะต้องถอนตัวจากคดี แต่โดยทางปฏิบัติแล้วผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษเคร่งครัดกว่ากฎแห่งการถอนตัวดังกล่าวเสียอีก โดยเพียงแต่มีกรณีที่มีเหตุให้เห็นว่าไม่สมควร (appearance of impropriety) ผู้พิพากษาก็จะเปิดเผยถึงเหตุต่างๆ ต่อคู่ความและขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีจากการถือปฏิบัติที่เคร่งครัดนี้เองทำให้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1852 ไม่เคยปรากฏว่ามีผู้พิพากษาศาลสูงของอังกฤษถูกคัดค้านในเรื่องการนั่งพิจารณาพิพากษาคดีเลย

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้ามีเหตุที่จะคัดค้านได้อย่างใดอย่างหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาคนใดที่นั่งในศาล

⁷ Hauschildt v. Denmark. (1990). 12 E.H.R.R. 266 para 50. อ้างถึงใน Ben Emmerson. (2002).

1) ผู้พิพากษานั้นเองจะยื่นคำบอกกล่าวแก่ศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีนั้นก็ได้”

3.1.3 การคัดค้านลูกขุน

สิทธิของบุคคลในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย (In the determination of his of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law) ตาม Human Right Act 1998 ข้อ 6 นั้นนอกจากจะหมายความว่า การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียแล้วยังหมายความว่า การได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียด้วย

ซึ่งแต่เดิมการคัดค้านลูกขุนในประเทศอังกฤษนั้น ได้แยกเหตุแห่งการคัดค้านออกเป็นสองประเภท คือ การคัดค้าน โดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause) และการคัดค้าน โดยไม่ต้องแสดงเหตุผล (peremptory challenge) แต่ต่อมาประเทศอังกฤษ ได้ยกเลิกการคัดค้าน โดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้แล้วด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 118(1) ของ Criminal Justice Act 1988 เนื่องจากการมองว่าทนายความ (defense counsel) คัดค้าน โดยไม่มีเหตุบ่อยครั้งและ โดยเหตุผลที่ไม่เหมาะสมและไม่สำคัญ⁸ ดังนั้นในที่นี้จึงจะได้ทำการพิจารณาแต่เพียงการคัดค้าน โดยมีเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

3.1.3.1 การคัดค้าน โดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause)

การคัดค้าน โดยต้องแสดงเหตุผลในหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีอยู่สองประเภท คือ เหตุที่ลูกขุนขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนได้ตามกฎหมาย (ineligible or disqualify from jury service) และเหตุที่ลูกขุนถูกสงสัยโดยมีเหตุอันควรว่ามีอคติ (reasonably be suspect of being biased)

โดยที่คุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนนั้น ได้ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายแล้ว เช่น มีอายุไม่เกิน 65 ปี หรือไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือไม่เป็นแพทย์ พยาบาลหรือบุคลากรทางการแพทย์อื่น ดังนั้น เมื่อปรากฏเหตุว่าลูกขุนขาดคุณสมบัติตามกฎหมายดังกล่าว ลูกขุนผู้นั้นก็จะถูกคัดค้านมิให้ทำหน้าที่เป็นลูกขุน ดังนั้นการคัดค้านเพราะเหตุขาดคุณสมบัติที่จะเป็น

⁸ John Sprack. (2002). *Emmins on Criminal Procedure* (9 ed). pp. 265-266. ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า การคัดค้านลูกขุน โดยไม่ต้องมีเหตุผลดังกล่าวนี้ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องของความเป็นกลางและความมีอคติของลูกขุนจึงไม่เป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความเที่ยงธรรมและความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของลูกขุน เนื่องจากการคัดค้านในลักษณะนี้ แม้ลูกขุนจะไม่มีเหตุแห่งความมีอคติ ก็อาจถูกคัดค้านได้.

ลูกขุนได้ตามกฎหมายนี้จึงไม่เป็นประเด็นทางกฎหมายที่มุ่งทำการศึกษา ดังนั้นจึงจะได้ทำการศึกษา แต่เฉพาะในเรื่องการคัดค้านเพราะเหตุแห่งการมีอคติเท่านั้น ซึ่งเราสามารถพิจารณาได้ดังนี้

การพิจารณาของศาลว่าลูกขุนมีอคติหรือไม่นั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานสองข้อคือ อคติที่แท้จริง (actual bias) ซึ่งอคติที่แท้จริงนี้จะตรวจสอบได้จากตัวลูกขุนเอง และอคติที่ปรากฏ (appearance of bias) ซึ่งจะตรวจสอบได้โดยผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกา (The House of Lord) ได้ออกข้อกำหนดว่าการวินิจฉัยการมีอคตินั้นศาลต้องสอบสวนจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและตั้งคำถามว่าสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นมีอันตรายอย่างแท้จริง (a real danger) ต่อการมีอคติหรือไม่ กล่าวคือ ศาลต้องวินิจฉัยว่าลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่งในองค์คณะนั้นอาจจะเกิดความชอบหรือไม่ชอบคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีหรือไม่ ซึ่งการพิสูจน์นั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของอันตรายอย่างแท้จริง (a real danger) เพื่อเป็นข้อยืนยันและสนับสนุนว่าศาลจะวินิจฉัยการมีอคติของลูกขุนโดยอาศัยหลักความเป็นไปได้ (possibility) มากกว่าหลักความน่าจะเป็น (probability)

ในกรณีของการมีอคติที่ลูกขุนอาจถูกคัดค้านได้นั้นเช่นในกรณีที่ลูกขุนเป็นลูกจ้างหรือมีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงความเห็นในผลของคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงออกถึงความไม่เป็นปรปักษ์ (hostility) ที่มีต่อตัวผู้ถูกกล่าวหา หรือลูกขุนมีความสัมพันธ์กับคู่ความที่มีส่วนได้เสียในคดีในฐานะที่เป็นลูกของพ่อแม่อุปถัมภ์ (godchild) หรือ ลูกขุนเป็นลูกจ้างในร้านที่ถูกปล้นทรัพย์ เป็นต้น

การวินิจฉัยว่าลูกขุนมีอคติหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีไป ซึ่งในบางกรณีศาลอาจเห็นว่าพฤติการณ์บางอย่างของลูกขุนไม่ร้ายแรงเพียงพอที่จะกล่าวอ้างว่าลูกขุนมีอคติ ตัวอย่างเช่น ในคดี ซึ่งมีจำเลยเป็นคนผิวสีนั้น ผู้พิพากษาได้รับรายงานจากลูกขุนผู้หนึ่งว่ามีลูกขุนอย่างน้อยหนึ่งคนในคณะลูกขุนนั้นได้แสดงออกถึงความมีอคติทางด้านชาติพันธุ์ (racial prejudice) ซึ่งหลังจากที่ผู้พิพากษาได้ทำการสอบสวนรวมทั้งการปรึกษากับทนายจำเลยแล้ว ได้ให้ข้อแนะนำแก่คณะลูกขุนอย่างชัดเจนว่าให้ตัดสินคดีโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานและต้องปราศจากอคติหรือความลำเอียงอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้นั้นศาลพิจารณาแล้วว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ร้ายแรงเพียงพอต่อการตัดสินลูกขุนผู้นั้นมิให้ทำหน้าที่และถือว่าได้แก้ปัญหาไปในแนวทางที่ดีแล้ว แต่อย่างไรก็ตามก็มีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวถือว่าศาลล้มเหลวในการประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางนี้ เพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่ามีข้อสงสัยต่อความไม่เป็นกลางของลูกขุนแล้วและข้อสงสัยนั้นถือว่ายอมรับกฎหมาย¹⁰

⁹ John Sprack. (2002). *Emmins on Criminal Procedure* (9 ed). p. 267.

¹⁰ Ben Emmerson. *supra* note 3. p. 374.

อย่างไรก็ตามถ้าปรากฏเหตุสงสัยต่อความมีอคติหรือความไม่เป็นกลางของ ลูกขุนแล้วศาลก็จะตัดลูกขุนผู้นั้นออกจากการทำหน้าที่ ตัวอย่างเช่นในคดีที่มีจำเลยเป็นชาวเอเชีย ลูกขุนผู้หนึ่งได้รายงานต่อศาลว่ามีลูกขุนอย่างน้อยสองคนได้กล่าวล้อเลียนเกี่ยวกับเรื่องชาติพันธุ์ (racist jokes and remark) ซึ่งจากการสอบสวนพบว่าการกล่าวถึงเรื่องชาติพันธุ์ดังกล่าวได้กระทำขึ้นจริง แม้ลูกขุนผู้นั้นจะยืนยันว่าเป็นแค่การล้อเลียนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลพิจารณาว่ามีข้อสนับสนุนที่เพียงพอแล้วต่อข้อสงสัยถึงความไม่เป็นกลางของลูกขุน ซึ่งข้อสงสัยต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวไม่สามารถลบล้างไปได้ด้วยการให้คำแนะนำอย่างหนักแน่นของศาลที่มีต่อลูกขุนที่ให้ วินิจฉัยคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานและจัดความลำเอียงออกไปให้ได้¹¹

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มียอคตินั้น มีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1950 ในมาตรา 6¹²

3.2.1 เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญา

ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาอย่างเช่นในประเทศเยอรมัน¹³ แต่ได้บัญญัติเพียงคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาในคดีอาญา โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 668 ถึง 674-2¹⁴ โดยเหตุที่คู่ความอาจใช้สิทธิในการคัดค้านได้นั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 668¹⁵ ดังนี้

¹¹ Ibid.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส Article 6 In the determination of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

¹³ อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 677 วรรค 3 นั้นได้บัญญัติถึงกรณีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลที่ได้กระทำขึ้นระหว่างพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 434-24 ซึ่งผู้พิพากษาคดีนั้นจะไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลดังกล่าวได้.

¹⁴ สำหรับในกรณีการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตั้งแต่ มาตรา 341-355.

¹⁵ โปรดดู American Series of Foreign Penal Code France, Article 668(1) ซึ่งใช้คำว่าญาติทางสายโลหิต (relative by blood) แทนการใช้คำว่าสมาชิกในครอบครัว (family members). สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2552 from http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpptestA.htm



มาตรา 668 ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (first-instance judge) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal judge) อาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1) ถ้าตัวผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรสของกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สมรสของกลุ่มความ นับได้ในลำดับชั้นของญาติที่เกิดจากญาติในลำดับชั้นต้น รวมถึงการคัดค้านอาจกระทำได้ต่อศาลแม่ในกรณีที่มีการหย่าร้างหรือการตายของคู่สมรส ถ้าผู้พิพากษาเป็นญาติทางการสมรสกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนับได้ใน 2 ชั้น

2) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง (deputy guardian) ทรสต์ หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัทหรือมีส่วนร่วมในการบริหารหรือการให้คำปรึกษา ซึ่งการมีส่วนร่วมของเขานั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีนั้น

3) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรส ในระดับขั้นที่ระบุไว้ข้างกับ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง (deputy guardian) ทรสต์ หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้บริหาร ผู้อำนวยการ หรือผู้จัดการของบริษัท ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

4) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส อยู่ในสถานะที่ไม่มีความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

5) ถ้าผู้พิพากษาเคยมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นผู้พิพากษา อัยการ อนุญาโตตุลาการ หรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย หรือถ้าเขาได้เบิกความในฐานะพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี

6) ถ้ามีคดีที่อยู่ในระหว่างการต่อสู้คดีของ ผู้พิพากษา, คู่สมรส หรือ สมาชิกในครอบครัว หรือ เป็นญาติทางการแต่งงานในลำดับสายตรง กับ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สมรส หรือ สมาชิกในครอบครัวหรือญาติทางการแต่งงานในสายเดียวกัน

7) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้พิพากษา

8) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส สมาชิกในครอบครัว หรือญาติทางการแต่งงานในลำดับสายตรงเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทที่มีปัญหาคล้ายกับประเด็นพิพาทของกลุ่มความ

9) ถ้าสิ่งที่ชัดเจนร้ายแรงเพียงพอที่จะนำไปสู่การตั้งข้อสงสัยถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือคู่สมรสต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เราอาจแยกพิจารณาเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้เป็นสามประการคือ

3.2.1.1 ผู้พิพากษาที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างผู้พิพากษาหรือคู่สมรสของผู้พิพากษากับผู้เสียหายหรือจำเลยในคดี หมายความว่ามีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือที่ในบทบัญญัติ

เรียกว่าเป็นสมาชิกในครอบครัว (family member) และนอกจากนั้นยังหมายความรวมถึงการมีความสัมพันธ์โดยการเป็นญาติทางการสมรส (relation by marriage) ด้วย ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการเป็นญาติทางการสมรสอันเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา¹⁶ บังคับใช้แม้ในกรณีที่การสมรสนั้นขาดจากกัน ไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งความตายของกลุ่มสมรสหรือการหย่าร้างก็ตาม

อย่างไรก็ดีถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาได้สวนเป็นคู่สมรสของพนักงานอัยการในศาลเดียวกันก็ตาม แต่ก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่าพนักงานอัยการซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้ามามีส่วนไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมในการดำเนินการใดๆ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี¹⁶

3.2.1.2 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

การเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนอันเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นต้องปรากฏว่าผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีนั้นในฐานะเป็น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ อนุญาโตตุลาการ (arbitrator) หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย (counsel) ตามมาตรา 668(5)

อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในส่วนคดีแพ่งนั้น จะไม่ถือเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาตามมาตรา 668 (5) เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่ได้เคยตัดสินในส่วนคดีแพ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ที่จะเข้าไปร่วมในการพิจารณาคดีส่วนอาญา ในคดีความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเดียวกันนั้น¹⁷

นอกจากนั้นการเคยเกี่ยวข้องกับคดีต้องหมายถึงคดีคร่าวก่อนกับคร่าวหลังเป็นคดีเดียวกันเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงการเป็นคู่ความเดียวกัน กล่าวคือ แม้ในคดีก่อนที่คู่ความคนใดคนหนึ่ง ในคดีคร่าวหลังนี้จะได้ถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็น โทษกับตน โดยผู้พิพากษาคคนเดียวกันกับในคดีคร่าวหลังนี้ก็ตาม แต่ก็ไม่อาจใช้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ ดังนั้นแม้ปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่าผู้พิพากษาคคนหนึ่ง ในศาลมัชฌิมโทษ (correctional court) ได้เคยมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่มีผลเป็นโทษแก่จำเลยไม่อาจใช้เป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาในอันที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในมาตรา 6¹⁸

3.2.2 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้าน

กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญานั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตั้งแต่มาตรา 669 ถึงมาตรา 674-2 นอกจากนั้น

¹⁶ Code de procedure penale 45ed dalloz. p. 886.

¹⁷ Ibid. p. 886.

¹⁸ Ibid.

ในมาตรา 674-2 วรรค 2 ยังได้บัญญัติให้ใช้บทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา (recusal) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของเล่มที่ 1 หัวข้อที่ 10 บทที่ 2 (Book I Title X chapter II) บังคับในกรณีที่ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา โดยอนุโลมด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

เมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษามาตรา 668(1) ถึง (9) ดังกล่าวเกิดขึ้นกับผู้พิพากษาศาลไต่สวน (investigating judge) ผู้พิพากษาศาลคดีหุโทษ (a police court judge) ผู้พิพากษาศาลมัชมิทโทษ (correctional court) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal court) หรือศาลคดีอุกฉกรรจ์ (assize court) บุคคลที่อาจยกเหตุขึ้นเพื่อใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาคงดังกล่าว ได้แก่ผู้ที่ถูกไต่สวนจากศาล (judicial examination) ผู้ถูกกล่าวหา จำเลย และคู่ความในคดีโดยต้องยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องอ้างเหตุแห่งโมฆะกรรมนั้นยื่นต่อประธานศาลอุทธรณ์ โดยในคำร้องนั้นต้องระบุชื่อผู้พิพากษาผู้มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้นและระบุเหตุแห่งการคัดค้าน รวมทั้งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาของตน¹⁹

เมื่อประธานศาลอุทธรณ์ได้รับคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นแล้ว ก็จะประสานงานโดยทางบริหาร ไปยังผู้พิพากษาหัวหน้าศาล (presiding judge) ในศาลที่ผู้พิพากษาผู้ถูกคัดค้านนั้นประจำอยู่ คำร้องคัดค้านนั้น ไม่ได้นำมาซึ่งการเปลี่ยนตัวผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่ได้ฟังความคิดเห็นจากพนักงานอัยการแล้ว ประธานศาลอุทธรณ์อาจสั่งให้ทำการสืบพยาน (investigation) การพิจารณาคดี (hearing) หรือการพิพากษา (giving of judgement) ไว้ก่อน²⁰

นอกจากนั้นถ้าเห็นว่าเป็นการเหมาะสมจากคำแนะนำของพนักงานอัยการหรือจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎ (rules on the application) ประธานศาลอุทธรณ์อาจรับคำแถลงที่เกี่ยวกับคดี (statement of case) ของผู้ร้องเพิ่มเติม และยังหมายความรวมไปถึงการรับคำแถลงจากผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นด้วย²¹

สำหรับระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น ผู้ที่จะใช้สิทธิคัดค้านนั้นต้องกระทำโดยทันทีภายหลังจากที่ได้ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น ซึ่งการยื่นคำร้องคัดค้านจะกระทำได้จนกระทั่งถึงเวลาสิ้นสุดการสืบพยาน (the end of the oral argument)²²

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 669.

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 670.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 671.

²² New Code of civil procedure, Article 342.

ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาโดยทันทีภายหลังจากที่ได้รับสำเนาคำร้องคัดค้าน จนกว่าจะได้มีการวินิจฉัยคำร้องคัดค้านนั้นแล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน อาจมีการเสนอผู้พิพากษาผู้อื่นให้ทำหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาที่จำเป็นนั้นได้²³

โดยการคัดค้านดังกล่าวเป็นสิทธิของกลุ่มความที่จะยกขึ้นเพื่อมิให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้ามประการหนึ่งใน 9 ประการเช่นนั้นเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้การใช้สิทธิในการร้องคัดค้านนั้นเป็นไปในลักษณะที่เป็นการประวิงคดี บทบัญญัติในมาตรา 673 จึงได้บัญญัติว่า หากคำร้องคัดค้านนั้นถูกยก ผู้ร้องก็จะถูกชำระเงินค่าปรับในทางแพ่งในอัตราตั้งแต่ 75 ถึง 750 ยูโร

3.2.3 การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

นอกจากการใช้สิทธิร้องคัดค้านผู้พิพากษาโดยคู่ความในคดีเมื่อปรากฏเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาได้แล้ว เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิของกลุ่มความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มีอคติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสยังได้บัญญัติไว้ถึงการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองไว้ในมาตรา 674 ด้วย

3.3 ประเทศเยอรมัน

เพื่อเป็นการขจัดความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะดำเนินการในทางหนึ่งอย่างใดที่อาจมีอิทธิพลต่อการพิจารณาคดี²⁴ และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มความในคดีและเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของกระบวนการยุติธรรม²⁵ ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีจึงได้บัญญัติถึงเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในมาตรา 22 ถึงมาตรา 31²⁶ โดยเราอาจแยกพิจารณาได้เป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาดังนี้

²³ New Code of civil procedure, Article 346.

²⁴ Manual of German Law Vol.2 London Ot.Brit. Foreign Office.

²⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101(1) ประโยคที่ 1 ดู “การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน. ตุลาคม, เล่ม 2, ปีที่ 52. หน้า 222.

²⁶ แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Gerold Harfst and Otto A. Schmidt, **German Criminal Law: The Code of Criminal Procedure.**

3.3.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี

เหตุห้ามผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 22 บัญญัติว่า ผู้พิพากษาจะถูกตัดจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

- 1) ถ้าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดอาญา
- 2) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็น คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยหรือของผู้เสียหาย

3) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็นญาติโดยตรงนับได้ใน 3 ชั้น หรือโดยทางการแต่งงาน นับได้ใน 2 ชั้น ของจำเลยหรือของผู้เสียหาย

4) ถ้าผู้พิพากษาเคยทำหน้าที่ในคดีนั้น ในฐานะเป็นอัยการ ตำรวจ หรือทนายของฝ่ายผู้เสียหาย หรือทนายจำเลย

- 5) ถ้าผู้พิพากษาถูกอ้างเป็นพยานหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 23 บัญญัติว่า การมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีครั้งก่อน

1) ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีใด จะถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นในศาลชั้นสูงกว่า

2) ถ้าในคดีใดมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้น จะถูกตัดจากการเข้าร่วมในคดีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่นั้น หรือถ้าการขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้กระทำในศาลชั้นสูงกว่า ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยนั้นในศาลชั้นล่าง จะถูกตัดออกจากคดีนั้นด้วยเช่นเดียวกันเอง ทั้งสองกรณีข้างต้น ให้ใช้บังคับถึงในกรณีที่มีการเข้าร่วมวินิจฉัยนั้นได้กระทำในตอนเริ่มต้นแห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

จากบทบัญญัติข้างต้นดังกล่าว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายของประเทศเยอรมันได้กำหนดลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาไว้โดยแยกพิจารณาระดับความร้ายแรงไว้ต่างหากจากกัน กล่าวคือ ในมาตรา 22 นั้นเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและมีแนวโน้มมีความเสี่ยงสูงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติ เกิดความลำเอียง ความไม่เป็นกลาง หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนร่วมได้ง่ายและค่อนข้างชัดเจนไม่ต้องอาศัยพฤติกรรมแวดล้อมอื่นประกอบ เพราะเป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากตัวผู้พิพากษาและมีอยู่แล้วก่อนที่ผู้พิพากษานั้นจะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นต้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุที่จะห้ามมิให้ผู้พิพากษาคดีและถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจะรู้สึกว่าคุณเองสามารถที่จะรักษาความเป็นกลางได้

หรือแม้กระทั่งคู่ความในคดีจะมีความเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษาสามารถวางตัวให้เป็นกลางได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงถือว่าความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาก็ยังคงมีอยู่²⁷

การตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณาคดี หมายความว่า ผู้พิพากษาผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามคนดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้พิพากษาได้ คำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้วถือว่าไม่สมบูรณ์ คำตัดสินคดีถือเป็นเหตุให้คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายได้ แม้ว่าผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม กล่าวคือ แม้ผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาตามมาตรา 22 หรือแม้ตัวคู่ความจะไม่รู้ถึงเหตุดังกล่าวในขณะที่ผู้พิพากษาผู้นั้นทำการพิจารณาคดีก็ตาม แต่คำวินิจฉัยอย่างไรๆ ที่ผู้พิพากษาได้กระทำไปนั้น ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่ความในคดีสามารถยกคำวินิจฉัยนั้นขึ้นเป็นประเด็นในการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาผู้มีเหตุถูกตัดออกจากระบวนการพิจารณาได้มีคำสั่งประทับฟ้องคดีอาญา คำสั่งนั้นถือว่ามีผลสมบูรณ์ มิได้เสียไปเพราะการมีเหตุตัดนั้น²⁸

เหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศเยอรมนีนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

3.3.1.1 กรณีผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีนั้น

เหตุในการตัดผู้พิพากษาเพราะเหตุนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่า บุคคลไม่สามารถทำหน้าที่ตัดสินในคดีของตนเองได้ (No man can be judge in his own cause)²⁹ และเมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียในผลของคดีใดเขาไม่สามารถทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้นได้ไม่ว่าจะโดยส่วนตัวหรือโดยหน้าที่ (Where a judge is interested in the result of the cause, he cannot either personally or by deputy sit in the judgement upon it)³⁰

ผู้พิพากษาที่เป็นผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 22(1) หมายถึง ผู้พิพากษาผู้ที่จะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความคิดที่ได้ถูกฟ้องในคดีนั้น อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานหลอกลวงผู้บริโภคมักผู้พิพากษาผู้นั้นจะเป็นผู้บริโภคนั้นด้วยแต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้นั้น ไม่ได้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการหลอกลวงดังกล่าว เหตุดังกล่าวจึงไม่ถือว่าผู้พิพากษาผู้นั้นเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความคิด ดังนั้นจึงไม่เป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษาตามมาตรา 22(1) นี้ นอกจากนั้นการดูหมิ่น

²⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา. เล่มเดิม. หน้า 222.

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 225-226.

²⁹ Herbert Broom. (1939). **Legal Maxims** (10 ed). p. 68.

³⁰ Ibid. p. 69.

ผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณาคดี ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำ ความผิด จึงไม่ถือเป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากระบวนการพิจารณาคดี แต่สำหรับกรณีที่ เป็นการคุ้มครองแบบโดยรวมเฉพาะตัวผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายเป็นการส่วนตัวเท่านั้นที่ถือว่า เป็นผู้เสียหายอันจะถูกต้องมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดี ซึ่งในกรณีนี้ผู้พิพากษาที่ได้ไปร้องทุกข์ถือเป็น ผู้เสียหายด้วย³¹

3.3.1.2 กรณีผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้เสียหาย

ตามมาตรา 22(2) และ (3) เมื่อผู้เสียหายหรือจำเลยมีความสัมพันธ์ทางครอบครัว ในลักษณะที่ใกล้ชิด เช่น เป็นคู่สมรส เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรม ของจำเลยหรือของผู้เสียหาย หรือเป็นญาติโดยตรงอันหมายถึงญาติทางสายโลหิตนับได้ใน 3 ชั้น กล่าวคือ นับจากตัวผู้พิพากษาขึ้นไปสามลำดับชั้น อันได้แก่ ทวด ปู่หรือตา พ่อและแม่ และนับจาก ตัวผู้พิพากษาลงมาสามลำดับชั้นอันได้แก่ ลูก หลาน และเหลน

ส่วนญาติโดยทางการแต่งงานหรือทางการสมรสนั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษา ได้ทำการสมรสแล้ว ญาติทางสายโลหิตของกลุ่มสมรสก็จะกลายมาเป็นญาติโดยการสมรสของตัว ผู้พิพากษานั้นด้วย ซึ่งในกรณีเหตุห้ามเพราะเป็นญาติทางการสมรสนี้ใช้บังคับเพียง 2 ลำดับชั้น เท่านั้น อันได้แก่ ปู่หรือตา ย่าหรือยาย พ่อและแม่ ลูกและหลาน ของคู่สมรสของผู้พิพากษา ซึ่งตก เป็นจำเลยหรือเป็นผู้เสียหายในคดี³²

สำหรับเหตุห้ามผู้พิพากษาเพราะเหตุเป็นญาตินี้ยังหมายความรวมถึงกรณีที่เคย เป็นญาติด้วย กล่าวคือ แม้ความสัมพันธ์ในลักษณะการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือทางครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางการสมรสจะสิ้นสุดลงไม่ว่าจะด้วยเหตุ การหย่าหรือความตายก็ตาม แต่ก็ยัง ต้องถือว่าผู้พิพากษานั้นไม่อาจเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้ด้วย เพราะถือว่าความเสี่ยงต่อ ความไม่เป็นกลางยังคงมีอยู่

3.3.1.3 กรณีผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

1) ในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจ หรือทนายความของฝ่าย ผู้เสียหายหรือจำเลย

การได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ พนักงานตำรวจหรือ เป็นทนายความของฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลยที่จะเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาตามมาตรา 22(4) นั้นต้อง ปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี หรือมีอิทธิพลต่อขั้นตอน

³¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 222-223.

³² สำหรับเหตุตามมาตรา 22(3) นั้นเป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีบุคคลใดที่จะตัดสินคดีที่ตนเองเป็นผู้ถูก กล่าวหาได้.

ของกระบวนการพิจารณาคดี โดยศาลแห่งสหพันธรัฐ แผนกคดีอาญา ได้ตีความของคำว่าการเคยเกี่ยวข้องกับคดีไว้ค่อนข้างกว้างขวางเพื่อให้การประกันสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อเป็นการป้องกันความสงสัยของคู่ความมีต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา กล่าวคือ การเคยเกี่ยวข้องกับคดีหมายความว่ารวมถึงทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี ตั้งแต่ในชั้นก่อนการสอบสวนจนกระทั่งถึงกระบวนการรื้อฟื้นคดีขึ้นใหม่

2) ในฐานะที่เป็นพยานบุคคลหรือพยานผู้ชำนาญการพิเศษ ตามมาตรา 22(5)

ผู้พิพากษาจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาคงกล่าวได้เคยถูกสอบปากคำในฐานะพยานในคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันกับข้อเท็จจริงในคดีปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้นั้นเพียงแต่ได้รับหมายเรียกให้ไปให้การในฐานะพยานแต่กลับไม่ได้ไปให้การแต่อย่างใด ดังนี้ก็ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นพยานบุคคลอันจะถูกตัดออกจากการพิจารณาคดี

3) ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นที่ต่ำกว่า ตามมาตรา 23(1)

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเพราะถือว่ามีความเสี่ยงต่อการที่ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้อย่างเป็นกลางได้ การเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ซึ่งคดีดังกล่าวได้มีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา แล้วต่อมาผู้พิพากษาคงกล่าวได้รับการเลื่อนตำแหน่งมาทำหน้าที่อยู่ในศาลสูง ดังนั้นผู้พิพากษาผู้นั้นจะถูกตัดออกจากการพิจารณาคดีดังกล่าวในศาลสูงนั้น

4) ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาที่เคยร่วมในการตัดสินคดีก่อน ที่มีการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ตามมาตรา 23(2)

การห้ามผู้พิพากษาพิจารณาคดีเพราะเหตุนี้มีเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีการเคยเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต่ำกว่าตามข้อ 3 ข้างต้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางในการพิจารณาคดี โดยการเคยมีส่วนร่วมในการตัดสินคดีตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 23(2) ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่เฉพาะผู้พิพากษาผู้ที่พิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงผู้พิพากษาในศาลสูงด้วย

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้ามาทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาคดีแต่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาคดีและร่วมลงคะแนนในการตัดสินคดี หรือในกรณีที่ผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้าร่วมทำหน้าที่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องแม้จะได้มีคำสั่งประทับฟ้องก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาผู้นั้นมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีในชั้นพิจารณาคดี เพราะเหตุตามมาตรา 23(2) นี้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าทำให้ผู้พิพากษาคงกล่าวขาดความเป็นกลาง แต่ในกรณีที่ศาลสูงได้มีคำสั่งย้อนสำนวนไปยังศาลล่างแล้วผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีไว้ได้มาทำหน้าที่ในองค์คณะที่สำนวนเดิมย้อนคืนมานั้น กรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุแห่งการตัดสินผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณา แต่ก็ยังถือว่าเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากความเสี่ยงต่อความไม่



เป็นกลางของผู้พิพากษาคงกล่าวยังมีอยู่ แต่อย่างไรก็ดีต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาคงกล่าวด้วยถึงจะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้³³

3.3.2 เหตุคัดค้านผู้พิพากษา

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 24 บัญญัติว่า การคัดค้านผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุที่มีการเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงเหมือนดังเช่นในกรณีที่ผู้พิพากษาถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

การคัดค้านด้วยเหตุเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงนั้น ต้องมีเหตุผลว่าเหตุนั้นอาจจะกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

เพื่อเป็นหลักประกันการมีผู้พิพากษาที่เป็นกลางตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101(1) ดังนั้นแม้ผู้พิพากษาจะไม่ถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 22 หรือ 23 แต่ก็อาจที่จะถูกคัดค้านหรือปฏิเสธไม่ให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ ตามมาตรา 24 เมื่อมีเหตุประการหนึ่งประการใดที่แสดงถึงความกังวลหรือความไม่เชื่อมั่นต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ซึ่งความไม่เชื่อมั่นหรือความกังวลต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษามาตรา 24 (2) นั้นหมายถึง กรณีที่ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีมีทัศนคติบางประการที่อาจกระทบต่อความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งไม่จำเป็นว่าผู้พิพากษาคงกล่าวจะต้องมีความไม่เป็นกลางอยู่จริง แต่ถ้าหากมีข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลถึงความไม่เป็นกลางตามมาตรฐานของวิญญูชนก็ถือว่าเป็นเหตุที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้แล้ว

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะกังวลต่อความไม่เป็นกลาง เช่น ผู้พิพากษาไม่แต่งตั้งทนายความให้จำเลยตามที่จำเลยต้องการ หรือในระหว่างการสืบพยานของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษากล่าวแก่ทนายความจำเลยว่าจำเลยจะถูกพิจารณาลงโทษอย่างแน่นอน หรือผู้พิพากษาได้พูดในโรงอาหารว่าตัวผู้พิพากษาเห็นได้เลยว่าจำเลยได้เคยเกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรือผู้พิพากษาได้ยืนยันข้อเท็จจริงดังกล่าวที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ต่อสื่อมวลชนก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้พิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะมีอคติหรือความไม่เป็นกลางต่อตัวจำเลย นอกจากนั้นการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุกังวลต่อความไม่เป็นกลางยังหมายความรวมถึงการประพฤตินั้นหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมของ

³³ ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่อาจตีความโดยอาศัยหลักการเทียบเคียงได้เพราะเหตุแห่งการห้ามผู้พิพากษามีให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 22 และมาตรา 23 แล้ว.

ผู้พิพากษา เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้พูดคุยกับจำเลยบ่อยครั้งในช่วงที่ไม่มีการสืบพยาน หรือผู้พิพากษาได้เล่นเทนนิสกับจำเลยและหลังจากที่ได้เล่นเทนนิสเสร็จก็ไปทานข้าวกับจำเลย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้พิพากษามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมเพราะอาจเกิดพิจารณาพิพากษาให้เป็นประโยชน์กับฝ่ายจำเลยได้

สำหรับการแสดงความคิดเห็นอย่างใดๆ ของผู้พิพากษาระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในชั้นก่อนการพิจารณาคดี จะเป็นเหตุให้ตัดผู้พิพากษาคงดังกล่าวออกจากกรพิจารณาคดี ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาคงดังกล่าวได้ให้ข้อมูลที่มีความสำคัญเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการทำความผิดและความนำดำเนิน

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการคัดค้านผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตาม มาตรา 24 นั้นเป็นกรณีที่เกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ซึ่งกรณีอาจเกิดขึ้นในภายหลังการทำหน้าที่พิจารณาคดี ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยว่าน่าจะเกิดความมือคดในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่นั้น จึงควรได้รับการแยกพิจารณาต่างหากจากมาตรา 22 และมาตรา 23 เนื่องจากระดับความเสี่ยงในการเกิดความไม่เป็นกลางหรือความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวมของทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกัน

สำหรับในกรณีที่ผู้พิพากษาที่ได้เคยทำการตัดสินใจคดีและต่อมาได้มีการสลบองค์คณะในศาลเดิม โดยย้ายไปอยู่องค์คณะใหม่และต้องทำหน้าที่พิจารณาคดีที่ศาลสูงสั่งให้ย้อนสำนวนกลับมา นั้น อาจถูกคัดค้านด้วยเหตุความกังวลว่าจะเกิดการไม่เป็นกลางตามมาตรา 24 ได้หรือไม่นั้น ความเห็นของฝ่ายข้างมากเห็นว่า ผู้พิพากษาคงดังกล่าวอาจถูกคัดค้านได้ เนื่องจากผู้พิพากษาที่เคยตัดสินใจคดีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้วย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงตนเองออกจากความรู้และประสบการณ์ของตนในการพิจารณาครั้งก่อน ซึ่งประเด็นนี้ศาลแห่งสหพันธรัฐแผนกคดีอาญาเห็นว่า ถ้าคำพิพากษาที่ถูกกลับนั้นมีเนื้อหาที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่จำเลย ก็ถือว่าความวิตกกังวลต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญูชน ซึ่งผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ และตามคำพิพากษาของ Stuttgart StrV 1985 492 หากว่าในคดีเดิมซึ่งเป็นคดีที่ใช้เวลาในการพิจารณาคดีนาน และผู้พิพากษามีความเห็นเกี่ยวกับปัญหาของความนำดำเนินและการถูกลงโทษอย่างหนักแน่น ก็ถือว่าความกังวลต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษานั้นมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญูชนที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้

3.3.3 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้าน

ดังที่ได้ทำการพิจารณาข้างต้นในส่วนของเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งได้แยกพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของความไม่เป็นกลางหรือการเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม และโอกาสที่จะมีความโน้มเอียงและความเสี่ยงในการเกิดอคติ ซึ่งจากการแยกพิจารณาดังกล่าว ผลที่ตามมาในแต่ละเหตุจึงไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ถ้ากรณีเป็นเรื่องเหตุห้ามตาม มาตรา 22 และมาตรา 23 นั้น กฎหมายได้บัญญัติ

ให้ตัดผู้พิพากษาผู้นั้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี โดยไม่ต้องให้คู่ความยื่นคัดค้าน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุตามมาตรา 22 และ 23 นั้น เป็นไปโดยผลของกฎหมาย (by law barred)

ดังนั้น กระบวนพิจารณาใดๆ ที่ได้กระทำโดยที่ผู้พิพากษามีเหตุขาดคุณสมบัติตามมาตรา 22 หรือมาตรา 23 แล้ว ซึ่งกฎหมายได้ตัดผู้พิพากษาผู้นั้นออกจากการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะการมีลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษานั้นจะได้มีการทราบในระยะเวลา ก่อนหรือหลังมีการดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆ ไปแล้วก็ตาม กระบวนพิจารณาต่างๆ ที่ได้กระทำไปนั้นก็ต้องถือว่าเสียไป ไม่อาจใช้บังคับได้

ในกรณีของการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี สามารถทำได้ตลอดเวลาทราบเท่าที่ผู้พิพากษายังคงพิจารณาคดีอยู่โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเวลาแต่อย่างใด

แต่กรณีเหตุขาดคุณสมบัติเพราะเหตุที่เกรงว่าจะเกิดความลำเอียงตามมาตรา 24 นั้น การตัดผู้พิพากษาไม่ได้เป็นไปโดยผลของกฎหมายเหมือนดังเช่นในกรณีมาตรา 22 และมาตรา 23 ข้างต้น แต่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของคู่ความที่จะยกข้อคัดค้านถึงลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษาดังกล่าวขึ้น เพื่อมิให้ผู้พิพากษาผู้นั้นเข้าร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี

สำหรับบุคคลที่มีสิทธิในการยื่นคำคัดค้านในกรณีตามมาตรา 24(3) ได้แก่ พนักงานอัยการ (The office of the district attorney) โจทก์ที่เป็นเอกชน (plaintiff) หรือจำเลย (defendant) และนอกจากนั้นบางฝ่ายได้ตีความเกินกว่าถ้อยคำของกฎหมายว่าผู้มีสิทธิยื่นคำคัดค้านให้หมายความรวมถึง ผู้ยื่นคำร้องในกระบวนพิจารณาที่บังคับให้มีการฟ้องร้องคดี และทนายจำเลยที่ยื่นคำร้องในนามของจำเลยด้วย

คำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะทำในรูปแบบใดๆ ก็ได้ โดยต้องระบุตัวผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธให้ชัดเจน และจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาและกระบวนพิจารณาในการคัดค้านผู้พิพากษาไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเปิดเผย

ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้าน³⁴ ต้องยื่นก่อนการสืบพยานครั้งแรก กล่าวคือการคัดค้านต้องกระทำก่อนที่จะเริ่มสอบปากคำจำเลยเกี่ยวกับเรื่องส่วนบุคคลของจำเลย หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาก็ต้องยื่นคำคัดค้านก่อนการแถลงเปิดคดีของผู้อุทธรณ์ หรือผู้ฎีกา (reporter's presentation) ในกรณีที่มิมีจำเลยหลายคนถือว่าเมื่อได้เริ่มมีการสอบปากคำของจำเลยคนใดคนหนึ่งแล้วระยะเวลาดังกล่าวย่อมมีผลกับจำเลยทุกคนด้วย สำหรับในกรณีที่มีการรื้อการพิจารณาคดีหรือมี

³⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 25(1).

การย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่นั้น ระยะเวลาที่จะคัดค้านผู้พิพากษาถือว่าเริ่มต้นนับใหม่ไม่ว่าจะได้มีการยื่นคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษาไว้แต่เดิมหรือไม่ก็ตาม³⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ยื่นคำคัดค้านภายหลังระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นได้ ในกรณีที่ 1) เหตุคัดค้านนั้นเกิดขึ้นในภายหลัง หรือผู้มีสิทธิในการคัดค้านนั้นได้ทราบในภายหลังระยะเวลาดังกล่าว หรือ 2) การคัดค้านนั้นได้กระทำเพราะมีเหตุเกิดขึ้นในทันใดนั้น แต่อย่างไรก็ตาม การคัดค้านต้องกระทำอย่างช้าที่สุดก่อนสี่ปยานจำเลยเสร็จ³⁶ ซึ่งหลักก็คือ การรับรู้เหตุแห่งการคัดค้านของจำเลย อย่างไรก็ตามก็ต้องให้เวลาแก่จำเลยในการที่จะปรึกษากับทนายความและเขียนคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษา

คำร้องคัดค้านนั้นต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษานั้นประจำอยู่ ซึ่งคำร้องนั้นอาจถูกจดลงในบันทึกของ court office³⁷

โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องให้ข้อคิดเห็นอย่างเป็นทางการในเหตุแห่งการคัดค้านนั้น³⁸ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธ โดยจะต้องทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ทราบก่อนมีคำตัดสินคดีนั้น และผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิที่จะแสดงความเห็นต่อความเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวได้ มิฉะนั้นจะถือว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวไม่ชอบ

การยกคำคัดค้านนั้น³⁹ ศาลจะยกคำคัดค้านถ้าปรากฏว่า (1) คำคัดค้านนั้นมาถึงล่วงเวลา หรือ (2) เหตุแห่งการคัดค้านหรือเหตุแห่งการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจนั้นไม่ได้แสดงไว้ หรือ (3) กระบวนการพิจารณานั้นได้กระทำไปเพียงเพื่อประวิงเวลา หรือเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกัน กระบวนการพิจารณาที่จะถูกดำเนินการต่อไปโดยการคัดค้าน

ผู้พิพากษาที่มีหน้าที่วินิจฉัยคำร้อง⁴⁰ คือ ศาลที่ผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธสังกัดอยู่โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยคำสั่งคำร้องดังกล่าว ในกรณีของศาล

³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา. เล่มเดิม. หน้า 230.

³⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน Section 25(2). กรณีดังกล่าวนี้ Roxin เห็นว่า ความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษายังอาจมีอยู่ได้แม้ว่าจำเลยจะได้กล่าวถ้อยคำสุดท้ายไปแล้วก็ตาม เช่นการที่ผู้พิพากษาให้ข้อสังเกตต่างๆ ในเชิงลบในขณะที่ออกจากห้องพิจารณาเพื่อที่จะไปประชุมปรึกษาคดี เป็นต้น. อ้างถึงในประมวลกฎหมายแห่งของยุโรป หน้า 231.

³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26(1).

³⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26(3).

³⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26a(1).

⁴⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 27(3) และ โปรคคู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา. เล่มเดิม. หน้า 231-232.

แขวงผู้พิพากษาคนอื่นของศาลแขวงจะเป็นผู้วินิจฉัยคำร้อง เว้นแต่ว่าผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะยอมรับเองว่าคำร้องคัดค้านนั้นมีมูล นอกจากนั้นในกรณีที่บทบัญญัติตามมาตรา 27(3) ไม่อาจใช้บังคับได้เนื่องจากผู้พิพากษาทุกคนในศาลถูกคัดค้านหมด ศาลสูงที่อยู่ในลำดับถัดไปจะเป็นผู้วินิจฉัยคำร้อง⁴¹ ในกรณีของผู้พิพากษาสมทบและผู้ที่ยื่นที่กราบขอเรียกในกระบวนการพิจารณาถูกคัดค้าน ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยคำร้อง คือ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รวมถึงผู้พิพากษาอาชีพคนอื่นในศาลดังกล่าว⁴²

ในกรณีเหตุฉุกเฉิน ก่อนที่จะมีการพิจารณาคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นจะทำหน้าที่ได้แต่เพียงกรณีที่ไม่อนุญาตให้มีการเลื่อนพิจารณาคดีเท่านั้น⁴³ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่กำลังอยู่ระหว่างถูกคัดค้านนั้น จะไม่สามารถทำหน้าที่ในคดีนั้นได้เฉพาะในกรณีที่เป็นเหตุมีความจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น เช่น การสอบพยานบุคคลที่ป่วยหนัก ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านสามารถพิจารณาคดีร่วมด้วยได้จนกว่าจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านนั้นโดยไม่จำเป็นต้องให้การพิจารณาคดีล่าช้าต่อไป ซึ่งถ้าหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านได้ทำหน้าที่พิจารณาแม้ในกรณีที่ไม่มีควมจำเป็นเร่งด่วนแล้ว กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำไปอย่างไรก็ดี แล้วนั้นจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ถูกยก แต่หากคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นฟังขึ้น กระบวนพิจารณาอย่างไรก็ได้กระทำลงโดยผู้พิพากษานั้น ภายหลังจากการยื่นคำร้องคัดค้านจะต้องถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁴

คำวินิจฉัยอย่างไรก็ดี ของผู้พิพากษาที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นที่สุด กล่าวคือ คำสั่งคำร้องที่วินิจฉัยว่าเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามีมูลนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่อาจโต้แย้งได้

3.3.4 การถอนตัวออกจากการคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

กฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นก็ได้บัญญัติรับรองถึงการที่ผู้พิพากษาควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเองเช่นเดียวกัน กล่าวคือเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาไม่อาจปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ ผู้พิพากษาอาจปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีและถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเอง ตามมาตรา 30 โดยผู้พิพากษาจะแจ้งข้อเท็จจริงถึงเหตุที่ทำให้ตนไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ ต่อศาลที่ตนเองสังกัดอยู่

⁴¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 27(4).

⁴² กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 31(2) และ โปรคดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์.

เล่มเดิม. หน้า 232.

⁴³ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 29(1).

⁴⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 232.